الجمـهورية الجـزائرية الديـمقراطية الشـعبـية

وزارة الـعدل

المعـهد الوطـني للقضـاء

مديرية التربصات



مـذكـرة الـتخـرج

الأفعال المبررة في المادتين 39-40 من قانون العقوبات

مكان إجراء التربص:

محكمة و مجلس قضاء جيجل

من 07 سبتمبر إلى 31 سبتمبر 2003

من إعداد:

- الحسين محمد ابراهيم

الدفعة الثانية عشر

2004-2001

المقدمة:

إن أسباب الإباحة تعبير ينصرف إلى الأحوال التي تبرز فيها بحسب الظاهر توافر أركـان الجريمة من نشاط مادي في صورة جريمة تامة أو مجرد شروع معاقب عليه و من فعل أصـلي أو مساهمة جنائية و من ركن معنوي بحسب ظاهر الأمور و من نتيجة مطلوبة و من سـببية النـشاط المادي و النتيجة المطلوبة و مع ذلك تكون الواقعة مباحة لا عقاب عليها لأنها لا تخرج عن كونهـا استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، و هذا أمر طبيعي إذ أن القانون لا يمكن أن يبيح فعلا معينـا وأن يحظره في نفس الوقت. و الأصل في سلوك الإنسان هو الإباحة و الاستثناء فيه هـو التجـريم تطبيقا لقاعدة لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص.

أما أسباب الإباحة التي تضمنها قانون العقوبات في المواد 39 و 40 فهـي اسـتثناء مـن الاستثناء أو خروجا استثنائيا من قاعدة العقاب على واقعة معينة. و هذا الخروج تبـرره مـصلحة أقوى من تلك التي دفعت إلى تقرير العقاب و هي تنفيذ أوامر القانون و نواهيه في نطاق معـين. أو إتاحة الفرصة للأفراد لكي يباشروا نشاطا اصطلحت الجماعات على مشروعية، بل على ضـرورته أحيانا رغم أنه يعطي كل المظهر المادي لما كان يصح أن يكون جريمة.

فمثلا عندما يضرب الأب ابنه الصغير لتأديبه يرتكب كـل الـصورة الخارجيـة لجريمـة الضرب وكذلك عندما يتلاكم شخصان في حلبة الملاكمة فهما يتضاربان، و كذلك الحـال عنـدما يستعمل الجراح مشرطه في جراحة المريض على سرير العمليات و غيرها من الصور التي يفلـت فيها كل هؤلاء من استحقاق العقاب. فما هو أساس إفلاتهم؟

يقال أحيانا أن أساس ذلك هو شرف الباعث أو سمو الغاية و لكن الباعث لا يعد بحسب القاعدة المعروفة و ركنا في الجريمة و لا يصح الباعث الشريف سببا لتطبيق أحكام القانون الجزائي. و هنا من يسند أساس الإفلات من العقاب إلى رضاء المجني عليه بوقوع النشاط المادي عليه و لكن هذا غير صحيح لأن رضا المجني عليه لا يعتد به كقاعدة عامة في التجريم و إن كان عدم الرضا ركنا مفترضا في بعض الجرائم كهتك العرض مثلا. و هناك من يسند الإفلات من العقاب إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل. و لذلك كله كان أساس عدم توقيع العقاب في مثل هذه الأحوال هو بحسب الفقه السائد إباحة الشارع للفعل في ذاته بنصوص صريحة استثناء من قاعدة العقاب فيها لأنه يرى أن مصلحة المجتمع في الإباحة، تربو على مصلحته في التجريم فهو يعطي للأفراد الحق في الإتيان بأفعال معينة لأن حكمة التجريم أصبحت منتفية و متعارضة مع استعمال هذا الحق.

و لتسليط الضوء أكثر على ذلك نحاول بشيء من التواضع دراسة الأفعال المبررة في المادتين 39 و 40 من ق.ع حسب الخطة الموالية:

الخطة:

المقدمة

الفصل الأول: ما أمر أو أذن به القانون

المبحث الأول: الأفعال التي أمر بها القانون

المطلب الأول: مجال الإباحة

المطلب الثاني: تنفيذ الأمر الصادر عن سلطة مختصة

المبحث الثاني: ما أذن به القانون

المطلب الأول: الحالات التي أذن به القانون للموظف باستعمال سلطته التقديرية

المطلب الثاني: ممارسة أحد الحقوق المقررة

أولا: نظام التأديب

1- حق تأديب الزوجة

2- حق تأديب الصغار

ثانيا: حق مباشرة الأعمال الطبية

ثالثا: ممارسة الألعاب الرياضية

الفصل الثاني: الدفاع المشروع و شروط تطبيقه

المبحث الأول: ماهية الدفاع المشروع و تميزه عن غيره من المفاهيم

المطلب الأول: ماهية الدفاع المشروع

أولا: تعريفه فقهيا

ثانيا: تعريفه قانونا

ثالثا: الأساس القانوني للدفاع المشروع

رابعا: نطاق الدفاع المشروع

المطلب الثاني: تميز الدفاع المشروع عن غيره من المفاهيم

أولا: الدفاع المشروع و موانع المسؤولية

ثانيا: الدفاع المشروع و حالة الضرورة

ثالثا: الدفاع المشروع الإكراه

رابعا: الدفاع المشروع و عذر الاستفزاز

المبحث الثاني: شروط تطبيق الدفاع المشروع

المطلب الأول: الشروط العامة

أولا: الشروط المعلقة بالاعتداء أو بخطره

1- أن يكون الخطر غير مشروع

2- أن يكون الخطر حالا

3- أن يهدد الخطر بالجريمة ضد النفس أو المال

ثانيا: الشروط المتعلقة برد الإعتداء

1- أن يكون فعل الدفاع ضروريا لرد الاعتداء

2- أن يتناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالدفاع المشروع

أولا: إباحة أفعال الدفاع المرتكبة لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه ليلا

ثانيا: إباحة أفعال الدفاع لمنع تسلق الحواجز و الحيطان أو مداخل المنازل أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أثناء الليل

ثالثا: إباحة الدفاع المشروع ضد مرتكب السرقات أو النهب بالقوة

الفصل الثالث: إثبات الدفاع و الآثار المترتبة عليه

المبحث الأول: إثبات الدفاع

المطلب الأول: موقف القانون

المطلب الثاني: موقف الفقه و القضاء

أولا: موقف الفقه

ثانيا: موقف القضاء

المبحث الثاني: أثار الدفاع المشروع و سلطة المحكمة فيه

المطلب الأول: أثار فعل الدفاع عند عدم تجاوز أو أثناء تجاوز حق الدفاع

أولا: إباحة الفعل عند عدم تجاوز حدود الدفاع

1- الآثار الجنائية للدفاع المشروع

2- الآثار المدنية للدفاع المشروع

ثانيا: تجاوز حدود الدفاع المشروع

1- الموازنة بين الأضرار و الوسائل المستعملة

2- معايير التجاوز

3- حكم التجاوز

المطلب الثاني: سلطة محكمة الموضوع و رقابة المحكمة العليا

أولا: سلطة محكمة الموضوع في تطبيق أحكام الدفاع المشروع

ثانيا: رقابة المحكمة العليا

الخاتمة

الخـ ـاتمة:

نستخلص من خلال دراستنا أن الحكمة التي تثبت بسببها صفة الإباحة لسلوك مشتمل أصلا على عناصر الجريمة هي أنه بالنظر إلى الظرف الذي أحاط بالسلوك فأباحه يكون إتيان السلوك في هذا الظرف بالذات محققا مصلحة اجتماعية تعلو على تلك التي اقتضت مبدئيا اعتبار السلوك ذاته محلا للخطر والتجريم وتلك المصلحة الاجتماعية الأعلى هي التي يقررها ويكفلها القانون بضرورة أعمال تلك المصلحة مع ما تستتبعه من جعل السلوك المحقق لها مجردا على خلاف الأصل من وصف الجريمة، وأساس اعتبار السلوك محل التجريم استخداما لحق في ظرف معين هو أن القانون يغلب في هذا الظرف بالذات مصلحة صاحب السلوك على مصلحة من يتخذ السلوك في مواجهته أو أضرارا به، فيعتبر تلك أعلى شأنا من هذه ويمنحها بالتالي حمايته وبديهي أنه متى أضفى فرع من فروع القانون حمايته على سلوك معين لا يمكن أن يكون هذا السلوك محميا ومحظورا في وقت واحد فلا يكون بد من أن تقر بشرعيته كافة الفروع الأخرى للقانون إذ القانون كبناء متكامل الأجزاء له إرادة واحدة لا يتأتى لها أن تناقض نفسها.

فقد يكون القانون العام هو مصدر ذلك الحق، وقد يكون مصدره القانون الخاص وقد تكون القاعدة القانونية مصدر الحق عرفيه، ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرا كما هو الحال في حق تأديب الزوج لزوجته بالضرب الذي لا يترك أثرا، فهذا الضرب يعتبر استخداما لحق رغم أن الأصل فيه أنه مكون لجريمة.

أضف إلى ما سبق كون الإنسان يجرح لأنه لو لم يفعل ذلك لكان هو الجريح وكونه يقتل لأنه لو لم يفعل ذلك لكان هو القتيل، أمر طبيعي لا شذوذ فيه، وهو الأساس الذي تبنى عليه إباحة الدفاع الشرعي.

فالدفاع إذن استخدام طبيعي لغريزة الحرص على الكيان والبقاء إن كان المدافع يحمي نفسه أو ماله كما أنه مشروع حتى إذا كان المدافع يحمي نفس أو مال غيره على أساس أنه في هذه الحالة يكون صالح المتجني عليه مرجحا في نظر القانون على صالح الباغي.

وهذا هو ما تعرضنا له في دراستنا هذه من أجل إزالة اللبس أمام القارئ الكريم عن بعض المفاهيم التي لا يعرفها الكثير من الناس.

المـراجـــع:

أولا : الكتب

1- د.عادل قوره: محاضرات في قانون العقوبات القسم العام
2- جيلالي بغدادي: الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول ط1 – 2002
3- عبد الله سليمان : شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجزء الأول ديـوان المطبوعات الجامعية، 95
4- د. احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام ، ط1 – 2002
5- د. أل معجون خلود : النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي – 84
6- د. علي راشد: القانون الجنائي، المدخل و أصول النظرية العامـة، دار النهـضة العربية – 74
7- الشرح الكبير للدردير، الجزء التاسع
8- رؤوف عبيد : مبادئ القسم العام من التشريع العام، دار الفكر العربي ، ط4 – 79
9- د. أحسن بوسقيعة : محاضرات في قانون العقوبات القسم العام
10- د. رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري
11- عدلي خليل: الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ، ط 97
12- د. محمد نعيم فرحات: النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي دار النهضة العربية، ط 81
13- عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي : المسؤولية الجنائية في قـانون العقوبـات والإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية

ثانيا: المجلات

المجلة القضائية: العدد 4 – سنة 89

ثالثا: القرارات :

مجموعة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا

رابعا : المذكرات

1- بن فضل إبراهيم : الأعذار القانونية، 92
2- مزروح مريم : الدفاع الشرعي ، 03
3- قراسي طاهر: الظروف و الأعذار القانونية،92

الفصل الأول: ما أمر أو ما أذن به القانون

المبحث الأول: الأفعال التي يأمر بها القانون

من الثابت أن ترخيص القانون لفعل معين يعادل الأمر به عملا بالقاعدة المتفق عليها أصلا في الاجتهاد و العلم الفرنسيين و هي أن تصرف قاضي التحقيق أو الهيئة الإتهامية في توقيف المدعى عليه أو عدم توقيفه ثم في إخلاء سبيله أو رد طلب التخلية تم حتى في إعادة التوقيف على ضوء وقائع جديدة إن تقلب هذه المواقف لا يشكل جرم احتجاز حرية أو تسهيل قرار الوقوف[1].

المطلب الأول: مجال الإباحة

نجد أن نص المادة 39 من ق.ع لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر القانون أو إذنه فقد جاء مدلول النص عاما و شاملا بحيث يشمل جميع الأفعال التي تعتبر جرائم لو لم يأمر أو يأذن بها القانون[2] فتنفيذ القانون و خاصة في تحقيق الجرائم و متابعة مرتكبها تقتضي تدخل السلطة العامة بالتفتيش، و الحجز أو الاستجواب و الاعتقال و السجن بعد صدور الحكم بالإدانة و كلها أعمال تعتبر اعتداء على الحريات العامة لو لم يأمر أو يأذن بها القانون.

و يكمن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني ذاته فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين، ثم يجرمه بعد ذلك، فإذا رأى المشرع ضرورة التدخل رعاية لمصلحة اجتماعية بتعطيل نص التجريم و تبرير الخروج عليه في حالة معينة فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون.

فالشاهد المطلوب منه الإدلاء بشهادته بموجب المادة 89 من ق.إ.ج و لا يرتكب جريمة إفشاء الأسرار أو القذف أو السب بحق المتهم عند الإدلاء بشهادته و كذلك من علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة و التجسس أو الجرائم التي من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني عليه أن يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها و لا يتضمن ذلك التبليغ إفشاء الأسرار و هذا بالرجوع إلى المادة 91 من ق.ع.

كما نجد في قانون الصحة العمومية نصوص توجب على الطبيب التبليغ عن حالة مرض معدي و لا يعد ذلك التبليغ جريمة إفشاء سر المهنة المادة 54 من ق الصحة و المادة 301 من ق.ع.

1- القاضي فريد الزغبي: الموسوعة الجزائية، المجلد 4 –ص220.

2- عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء 1، ص121.

المطلب الثاني: تنفيذ الأمر الصادر عن سلطة مختصة

تنفيذ الأمر الصادر عن سلطة مختصة يدخل ضمن إباحة الأفعال بناء على أمر القانون و ذلك راجع إلى أن القانون يوجب على الموظف المرؤوس إطاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي و عليه فإن إطاعة المرؤوس ليست إلا تطبيقا لما أمر به القانون و مثال ذلك أن يقوم الموظف مختص بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر السلطة المختصة، ففعله هذا لا يعد جريمة قتل و لا تنطبق عليه المواد 254 و ما بعدها من ق.ع كما أن تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأمر قاضي التحقيق إحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو إلقاء القبض عليه (المادة 109 من ق.إ.ج و ما بعدها) لا يجعله مرتكبا لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية طبقا للمادة 291 من ق.ع.

إلا أنه قد يتطلب القانون أن تصدر أوامر السلطة بشكلية معينة فيجب مراعاتها ومثال ذلك وجوب أن يصدر أمر لإحضار عن قاضي التحقيق كتابة المادة 109 من ق.إ.ج. و بالتالي لا يجوز لعون القوة العمومية إحضار المتهم بدون إحضار كتابي مدعيا أنه تلقى الأمر شفاهة، أي أن المادة السابقة توجب أن يذكر في كل أمر نوع التهمة و مواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية المتهم و تاريخ الأمر و توقيع القاضي الذي أصدره و مهره بخاتمه، و من أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 14 من قانون إصلاح السجون الصادر 1972 و التي تمنع على أي مستخدم في إدارة إعادة التربية و التأهيل الاجتماعي للمساجين أن يحبس شخصا دون أن يكون مصحوبا بأوامر حبس قانونية أو حكم يتضمن عقوبة نهائية و مسجل مسبقا في سجل المؤسسة و ذلك تحت طائلة المتابعة بتهمة الحجز التحكمي، و بالتالي مراعاة الشكل ضروري و لازم لاعتبار أن الفعل مباح متى صدر الأمر عن سلطة مخولة بإصداره قانونا و نفذ أيضا من جانب الموظف المختص بتنفيذه حسب القواعد القانونية.

المبحث الثاني: ما أذن به القانون

و هذا يعني أن القانون يجيز في حالات معينة و يسمح بممارسة عمل كان بغياب هذا السماح عملا مجرما.

و الفرق بين ما أمر به القانون و بين ما أذن به، في أن الأول إجباري و يجب القيام به بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية في حين أن الثاني يسمح للمخاطب بالقاعدة أن يستعمل رأيه الشخصي في القيام بالعمل أو الامتناع عنه، فإذا قام بعمل فلا جريمة لأن القيام بالعمل يأذن به القانون مثال ذلك ما نصت عليه المادة 61 من ق.إ.ج (يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها و المعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل و اقتياده إلى أقرب ضابط للشرطة القضائية).

فقيام الشخص بهذا العمل سواء كان موظفا أم غير موظف لا يعد جريمة احتجاز للأشخاص أو مصادرة لحريتهم في التنقل التي كفلها الدستور والمعاقب عليها بالمادة 291 من ق ع.

و يمكن إجمال الأعمال التي يأذن بها القانون إلى نوعين:

<u>المطلب الأول : الحالات التي أذن بها القانون للموظف باستعمال سلطته التقديرية</u>

<u>* ماهية الموظف</u>

لقد اختلفت التشريعات في تعريفه و يرجع ذلك إلى اختلاف الأنظمة السياسية و الإدارية.

و في الجزائر لم يورد نصا يتضمن تعريفا شاملا للموظف العام. إنما اقتصر في نص المادة الأولى من قانون الوظيف العمومي على تحديد العناصر الأساسية التي يجب توافرها في الشخص حتى يعتبر موظفا عموميا حيث نصت على أنه:

يعتبر موظفين الأشخاص المعنيين في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة و المصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات و الجماعات المحلية و كذلك المؤسسات و الهيئات العمومية حسب كيفيات تحدد بمرسوم. علما أن القضاة لا يخضعون لقانون الوظيف العمومي، و مع منح القانون للموظف سلطة تقديرية في مباشرة بعض أعمال وظيفته و عليه فإذا قام الموظف بعمله ضمن هذه الرخصة المعطاة له من القانون فإن عمله لا يعد جريمة استنادا إلى أن العمل مباح بإذن القانون. و الأمثلة على ذلك كثيرة في قانون الإجراءات الجزائية، حيث نجد أن القانون يجيز لضابط الشرطة القضائية تفتيش المنازل و ذلك إذا كانوا يحملون إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق طبقا للمادة 44 من ق إ ج مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل و الشروع في التفتيش. كما يجوز لضابط الشرطة

القضائية منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراء تحرياته المادة 50 من ق إ ج. و ذلك يكون ضمن الشروط التي يحددها القانون أمر ضروري لاعتبار أن العمل مباح و إهمالها أو تجاوزها يجعل العمل غير مشروع.

مثال: يلزم القانون ضابط الشرطة القضائية أن يجري تفتيشه بوجود صاحب المنزل و في حالة غيابه يستدعي من ينوب عنه و إذا تعذر ذلك وجب إجراء التفتيش بحضور شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطة ضابط الشرطة القضائية، و مخالفة ذلك يؤدي إلى البطلان.

كما يجب أن تنفذ هذه الأعمال بحسن نية و بدون قصد جنائي و يعني ذلك أن تتفق مقاصد ضابط الشرطة القضائية مع الغاية التي يبتغيها القانون. و يصب في هذا المعنى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/10/16[1] .

تشترط الجريمة توافر الركن المعنوي لتحققها لذلك إذا دفع المتهم بأنه ما دخل منزل الغير إلا تنفيذا للتعليمات التي تلقاها من رئيسه تعين على قضاة الموضوع أن يتأكدوا من توافر القصد الجنائي لديه و إلا كان قرارهم بالإدانة مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه.

1- ملحق رقم 01

المطلب الثاني: ممارسة أحد الحقوق المقررة

الأسرة نظام إنساني قديم، و قديم أيضا كل ما عرفته من حقوق و هي حقوق تثبت للشخص باعتباره عضوا في عائلة و تقرر لتنظيم العلاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لأي مجتمع. و من أمثلة هذه الحقوق حق الزوج في أن تطيعه زوجته و أن تحافظ على شرفه و ماله و يقابل هذا الحق، حق الزوجة على زوجها أن يسكنها و ينفق عليها و حق الأب في توجيه ابنه و تأديبه وحق الابن على أبيه في الإنفاق عليه و تعليمه.

و في معرض بحث استعمال الحق كسبب للإباحة فسوف نقصر بحثنا على حق التأديب و لذلك فإنه و لكي يخرج فعل التأديب من دائرة التجريم إلى نطاق الإباحة يتعين أن يكون الهدف من استعمال الحق هو تحقيق ذات الغاية و يبيح حق التأديب و التأنيب والضرب الخفيف الذي لا يحدث كسرا أو جرحا و لا يترك أثرا و لا ينشأ عنه مرضا[1]. و حق التأديب يستند إما إلى العرف و إما نصوص القانون و هو في البلاد العربية مستمد من أصل واحد و هو الشريعة الإسلامية.

أولا: نظام حق التأديب

1 - حق تأديب الزوجة:

هذا الحق كسبب يبيح فعل التأديب مصدره في التشريعات العربية هو الشريعة الإسلامية حيث يقول سبحانه و تعالى" و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و أهجروهن في المضاجع و أضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"[2]، و قوله تعالى "و خذ بيدك ضغثا فأضرب به و لا تحنث إنا وجدناه صابرا نعم العبد أنه أو أب"[3]. ويقول رسول الله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع:" أستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان و ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع و أضربوهن ضربا غير مبرح فإذا أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"[4].

1- د. حسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام ، ط1، 2002، ص 119

2- سورة النساء: الآية 34

3- سورة ص: الآية 44

4- د. آل معجون خاور سامي: النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي، سنة 84، ص 214.

و مفاد هذه النصوص القرآنية و السنة أن الشريعة الإسلامية قد أباحت للزوج استثناءا من قاعدة التجريم حق تأديب الزوجة إذا أتت بفاحشة أو نشزت هذا الحق يخرج فعل التأديب من نطاق التجريم إلى الإباحة طالما أتاه الزوج في حدود الغاية الاجتماعية منه، وهذا الحق ليس مطلقا بل أحاطه الشارع بقيود:

أ- أن يصدر عن الزوجة سلوك يجعلها ناشزه حتى يقوم حق الزوج في التأديب و يقصد بالنشوز هنا عصيان المرأة لزوجها فيها أمرها الله أن تطيعه فيه.

و من المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره و إنما تضرب لظهوره فعلا[1].

ب- يجب على الزوج أن يتبع نفس الترتيب الوارد في الشرع الإسلامي و هو الوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح و الخفيف، و يجب أن الهجر في المضجع لا يتجاوز أربعة أشهر حسب ما استقر عليه رأي الفقه الإسلامي.

ج- أن يكون استعمال حق التأديب متفقا مع الغاية المستهدفة منه

2- حق تأديب الصغار:

يحق للأب أن يؤدب ابنه و هو حق يتعلق بالولاية عن النفس و لابد أن يتقيد الأب بغاية تأديب ابنه[2]، و يساهم العرف أحيانا في تقرير هذا الحق.

كما تستمد قواعد تأديب الصغار من الشريعة الإسلامية: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " *مروا أولادكم بالصلاة و هم أبناء سبع سنين و اضربوهم عليها و هم أبناء عشر سنين*"[3]. و يقيد القانون هذا الحق بأن الإيذاء لا بد أن يكون خفيفا و بقصد التأديب و هذا وفقا للمادة 269 من ق ع.

<u>ثانيا: حق مباشرة الأعمال الطبية</u>

الأصل أن أي مساس بجسم الإنسان هو اعتداء على حقه في سلامته البدنية والصحية و هو اعتداء معاقب عليه قانونا حسب جسامة الفعل ضربا كان أو قتلا، و لقد كان من مقتضى هذا الأصل أن ما يجريه الجراحون و الأطباء من عملية جراحية على مرضاهم يوقعهم تحت طائلة العقاب، إلا أن رغم ذلك يفلتون من العقاب لخروج هذه الأفعال التي يمارسونها بحكم مهمنتهم من دائرة التجريم، ذلك أن القوانين تبيح هذه الأعمال الطبية مثل قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها. و هناك

1- الشرح الكبير للدرديري، الجزء 9، ص169

2- عبد الله سليمان، مرجع سابق ص126

3- د. آل معجون، مرجع سابق، ص217

رأي في الفقه ينادي بإباحة جميع الأعمال الطبية الضرورية و الملائمة و هذا تماشيا مع التطور الحاصل في العالم و بعد أن وصل موضع الجراح إلى أدق جزئيات المخ و القلب و زرع الأعضاء وهذا ما توحي به المادة 12 و ما بعدها من قانون الصحة رقم 05/85.

و إباحة العمل الطبي تقتضي شروط معينة هي:

1- الإختصاص: يجب على الطبيب الحصول على ترخيص تمنحه الإدارة بعد حصوله على الإجازة العلمية.

2- رضاء المريض: لابد لإباحة عمل الطبيب أن يكون مدعوا أو مرخصا له من المريض أو من يمثله بإجراء هذه الأعمال على جسمه وهذا ما تنص عليه المادة 154 من ق. الصحة والتي تنص على: "يقدر العلاج الطبي في موافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك..."

كما يسمح للطبيب أيضا بإزالة عضو أصابه التلف و إحلال مكانه عضوا آخر كالكلية مثلا وذلك بموافقة الطرفين المتبرع أو المتبرع له و هذا طبقا للمادة 161 و ما بعدها من ق. الصحة.

و يستوي أن يكون الرضى شفاهة أو كتابة إلا أن رفض العلاج الطبي يجب أن يكون كتابيا حسب المادة 154 من ق. الصحة، و يمكن أن يكون الرضى ضمنيا إلا أنه يكون قاطع الدلالة كذهاب المريض إلى المستشفى.

قد يكون الرضى من الولي و قد يكون مفترضا، إذا كان الإنسان في حالة لم تسمح له بإبداء الرأي كالمصاب في حادث و ينقل إلى المستشفى في حالة خطرة فالطبيب هنا يجد نفسه مضطرا للعلاج و الجراحة فهنا يعتبر تصرفه صحيحا اعتمادا على حالة الضرورة التي تبرر هذا العمل.

و قد يكون تنفيذا لواجب قانوني لمواجهة الأوبئة و الأخطار العامة و ذلك استنادا إلى نص المادة 154 فقرة أخيرة من قانون الصحة.

3- وجوب توفر حسن النية: و هو شرط شخصي لتعلقه بنية الطبيب و يتوافر ذلك متى كان الطبيب قاصدا بما يجريه من أعمال علاج المريض و شفائه.

ثالثا: ممارسة الألعاب الرياضية

(ممارسة الألعاب الرياضية حق تعترف به كافة النظم القانونية قديمها و حديثها وتحظى عليها الأفراد سيما الشباب منهم و تنظيم المسابقات بينهم و تمنح الجوائز والمكافئات لمن يحرز السبق فيها)[1]

1- د. آل معجون خاور، مرجع سابق، ص 525

و تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا كما في رياضة الملاكمة أو المصارعة أو الجيدو... إلخ، فهل يعد ذلك اعتداء؟.

بإذن القانون يعتبر عملا مباحا ممارسة اللاعب للعبة رياضية ضمن قواعد اللعبة و لو نتج عن ذلك ما يمكن إعتباره مساسا بجسم الآخرين و علة الإباحة تكمن في أن اللاعب يكون قد مارس حقا يقرره القانون و ذلك بالرجوع إلى المادة 83 و ما بعدها من ق. الصحة 05/85.

(و يجب أن تكون اللعبة يقررها العرف الرياضي و تتم ضمن قواعد اللعبة كما يجب أن يقع الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية و دون أن يتجاوز اللاعب قواعد و قوانين اللعبة و أن تكون النية السليمة رائدة من يباشر هذه الحقوق)[1].

1- رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، ط4، سنة 1979، ص 509.

الفصل الثاني: الدفاع المشروع و شروط تطبيقه

منذ أيام الرومان كان الدفاع الشرعي سببا معروفا لامتناع المسؤوليتين الجنائية و المدنية معا، ثم انتقل إلى التشريع الفرنسي القديم بوصفه مانعا للعقاب في بعض الأحيان عند الحصول على خطاب بالغفران، ثم أصبح سببا للإباحة في أول تشريع للثورة الفرنسية[1]، و الذي يعد مصدرا تشريعيا و يعد الدفاع الشرعي أهم التطبيقات العملية المباشرة لنظرية الإباحة في تشريعنا العقابي وفقا للمادتين 02/39 و 40 من ق.ع و على ضوئهما يمكن التعرض إلى تعريفه، أساسه، حدود ممارسته وتميزه عن بعض المفاهيم المتشابهة له.

المبحث الأول: ماهية الدفاع المشروع و تميزه عن غيره من المفاهيم

المطلب الأول: ماهية الدفاع المشروع

أولا: تعريف الدفاع المشروع فقهيا

لقد اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف جامع للدفاع المشروع و ذلك لاختلاف راجع إلى اختلاف الزوايا التي ينظرون من خلالها إليه باعتباره حق أو واجب أو رخصة. في فرنسا عرفه الفقيه جارو " بأنه استعمال القوة من أجل حماية مصلحة قانونية يريد المعتدي إهدارها و النيل منها".

و قد تعرض هذا التعريف إلى النقد لكونه لم يوضح عناصر الاعتداء و عناصر الدفاع واقتصر إلى التعريف على بيان الغرض الذي يستهدفه الدفاع الشرعي، و عرفه لاجير على أنه "أن الدفاع المشروع واقعة مباحة بنص القانون" و تعرض لنفس النقد الذي تعرض له جارو في تعريفه السابق.

أما عند الفقهاء العرب نرى أن أشمل تعريف هو التعريف الذي أتى به الدكتور محمد عبد التواب و الذي يقول فيه أن: " الدفاع مشروع رد بقوة لازمة و مناسبة لاعتداء غير مشروع حال و أو على وشك الوقوع".

1- رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 529

ثانيا: تعريفه قانونا

نصت الفقرة الثانية من المادة 39 من ق.ع: " أنه لا جريمة ... إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن حال مملوك لشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

من خلال هذا النص يمكن القول أن المشرع الجزائري قد اعتبر الدفاع المشروع هو كل استعمال للقوة لدرء خطر اعتداء حال غير مشروع يهدد النفس أو المال بالقدر اللازم و المتناسب. ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قد أحاط بكل عناصر الدفاع الشرعي و شروطه و تشمل كل الأفعال التي يمكن أن تكون وسيلة للدفاع المشروع و ذلك لأن لفظ الفعل يسمح بإعطاء مجال أوسع لتنوع أفعال الدفاع المشروع و هو ما يتماشى و مقتضيات العصر و مستلزمات حالات الدفاع التي يتطلبها الاعتداء غير المشروع.

ثالثا: الأساس القانوني للدفاع المشروع

اختلفت الآراء في تحديد أساس عدم استحقاق العقاب في حالة الدفاع المشروع، فقال البعض بأن المدافع يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة التي لا تمكنها ظروف الحادث من رد الاعتداء في حينه و لذلك يقوم الأفراد برد الاعتداء بسبب الضرورة.

وقال البعض الآخر أن الدفاع المشروع نوع من الإكراه المعنوي يمنع قيام المسؤولية الجنائية لأن المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء أصبحت إرادته غير معتبرة قانونا مما يعطل الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلب أن تكون الإرادة حرة مختارة.

و لكن الرأي الغالب في الفقه أن الدفاع المشروع يقوم على فكرة المقابلة أو الموازنة بين المصالح متعارضة للأفراد و أحق المصلحة الأولى بالرعاية تحقيقا للصالح العام.

ففعل الدفاع و إن أهدر حق المعتدي فقد صان حق المعتدي عليه و هو الحق الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع. و في هذا السياق يقول بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي مقارنة بين حقين يتنافى أحدهما مع وجود الآخر فينبغي تضحية حق المعتدي إحتراما لحق المعتدى عليه لأنه أقوى قدرا و أجدر منه بالحماية[1] .

1- رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 529 و 530.

رابعا: نطاق الدفاع المشروع

لقد اختلف الفقه في تحديد نطاق حق الدفاع المشروع و لم تتفق التشريعات هي الأخرى في

تحديد الحقوق التي يبيح العدوان عليها الدفاع عنها و الاختلاف انحصر أساسا في حالات الاعتداء على المال.

- **موقف الفقه:** انقسم الفقه إلى فريقين

الفريق الأول: ذهب فريق في الفقه المعاصر إلى قصر حق الدفاع المشروع ليس على حالات الاعتداء على النفس فقط بل حتى الاعتداء على المال، و بالنسبة للاعتداء على المال لابد من التمييز بين حالتين:

1- أن يقترن اعتداء المعتدي على المال باعتداء يهدد النفس لكي يصح الدفاع المشروع

2- أن يكون الاعتداء موجها إلى المال فقط و بالتالي لا تجوز ممارسة ذلك الحق أي أن هذا الفريق يرى أن هذا الاعتداء و على المال لا يكفي بذاته لقيام الحق في رد الاعتداء لأنه يمكن التعويض عته قضاء و أنه من غير المستساغ إسالة الدم البشري دفاعا عن مال زائل.

الفريق الثاني: هذا الفريق طلق العنان لحق الدفاع المشروع عن كل حق يهدده عدوان ظالم سواء أكان من الحقوق الشخصية ، و الحقوق العينية فالتجاء صاحب الحق إلى العدالة متيسرا أمام كل من يهدده خطر حال على ماله، و ذلك أن الضرر الذي يصيبه قد لا يتيسر إصلاحه أو تداركه في جميع الأحوال و الالتجاء إلى العدالة و الحصول على حكم بالتعويض من الجاني الذي هو في الغالب لص مفلس لن يجدي نفعا إذ لن يجد المجني عليه المال الذي ينفذ عليه حكم التعويض، فضلا على ذلك أنه من الصعب على النفس البشرية أن تجد مالها محلا للنهب و السرقة أمامها و لا تحرك ساكنة لمجرد أن التشريع يقيدها، كما أن قيد المجني عليه في حق الدفاع عن النفس دون المال يشجع الخارجين عن القانون على التمادي في إجرامهم و ذلك تحت حماية القانون بعكس فما لو تيقن المعتدي أن المعتدى عليه سوف يدافع عن نفسه و ماله و القانون إلى جانبه و أنه سوف يستخدم كل الوسائل من أجل الدفاع عن نفسه و ماله لوقف العدوان هذا سوف يقلل من الجرائم.

- موقف القانون:

بالرجوع إلى نص المادة 2/39 من ق.ع " لا جريمة .... إذا كان الفعل قد دعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو المال ..." نجد أن المشرع الجزائري يساير الاتجاه الذي أباح عن النفس و عن المال سواء كان ذلك بالنسبة للمعتدي عليه أو الغير.

1- جرائم الاعتداء على النفس:

فالمشرع حصر هذه الجرائم في القتل أساسا و في أعمال العنف، حيث نجد أن المادة 1/40 من ق.ع و التي أشارت إلى الاعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه و هذه العبارة تغطي كل أعمال العنف.

و من خلال هاتين المادتين نجد أن الجريمة على النفس لها مظاهر متعددة حسب الآتي:

- جرائم الاعتداء على حياة الإنسان و سلامة جسمه حين يجوز الدفاع لدرء جرائم القتل و الضرب والجرح .

- جرائم الاعتداء على العرض المادة 2/39 من ق.ع، فإنه يجوز رد الاعتداء في كل الجرائم الواقعة على النفس و نجد أن المشرع قد خص بعض الجرائم بأحكام خاصة و نذكر على سبيل المثال جريمة الزنا و هتك العرض بالعنف أو على قاصر دون 16 سنة المواد 280،279و 281 من ق.ع أي أن ما أورده المشرع في المادة 279 و المتعلقة بعذر الاستفزاز الذي أقره المشرع للزوج المتضرر من جريمة الزنا التي يرتكبها الزوج الآخر، و هنا فإن جريمة الزنا لا تبيح الدفاع لأنه لو كان الأمر كذلك لما أخضع الزوج المتضرر للأعذار المخففة للعقوبة نفس الشيء بالنسبة لهتك العرض بالعنف المادة 280 و هتك عرض قاصر المادة 281، و نجد أن المرأة التي يراد إتيانها كرها يجوز لها أن تدافع عن شرفها بمختلف الوسائل المتاحة لها.

- (الجرائم المساسة بالشرف و الاعتبار كالقذف و السب إذا كان الطابع الفجائي هو الغالب على هذه الجرائم حيث لا تكون للمجني عليه فرصة الدفاع فإن الدفاع متصور في بعض الحالات كأن يقوم الشخص المقذوف بتمزيق المحرر الذي يحتوي عبارات القذف قبل إذاعتها و إتلاف آلة التسجيل والتي سجلت عليها العبارات المشينة أو وضع اليد على فم الشخص أثناء القيام بالنطق بالعبارات المشينة)[1].

1- د. أحسن بوسقيعة: محاضرات في القانون الجنائي القسم العام

1- جرائم الإعتداء على الحرية: و لها عدة صور نذكر منها:
الإعتداء على حرية الحركة و الإنتقال و هي حرية يصونها المشرع و يحميها من خلال تجريم القبض و الحجز التعسفي و الخطف.

2- جرائم الإعتداء على الأموال: و تشمل كل جرائم الأموال المنصوص عليها في قانون العقوبات و القوانين الخاصة المكملة له و من هذه الجرائم السرقة ، الهدم، التخريب، الإتلاف ، الحريق و التعدي على الملكية.

و يستوي في الحالتين الإعتداء على النفس أو الإعتداء على الأموال أن يكون الإعتداء على صاحب الشأن أو على غيره.

و تلتقي الشرائع كافة عند عدم العقاب على الدفاع الشرعي و لكنها تختلف في تحديد نطاقه فبعضها يجعل منه سببا عاما للإباحة على كل جرائم النفس و المال مثل القانون الجزائري في حين تحصره شرائع أخرى في المصالح التي يجوز فيها دفع الإعتداء في نطاق دون آخر و منها اسبانيا وهولندا. و هذا التفاوت مقتصر في شأن مدى إباحة الدفاع عن المال و عن نفس الغير(1).

المطلب الثاني: تميز الدفاع المشروع عن غيره من المفاهيم

أولا: الدفاع المشروع و موانع المسؤولية

(موانع المسؤولية هي أسباب تجعل إرادة الفاعل غير معتبرة قانونا إذ تجردها من التميز وحرية الإختيار مثل صغر السن و الجنون و الإكراه و بانتفاء الإرادة لدى الفاعل ينهار الركن المعنوي للجريمة فلا تقوم المسؤولية الجزائية و لا تطبق العقوبة على الفاعل، و فضلا عن ذلك فموانع المسؤولية ذات طابع شخصي و مجالها إرادة الجاني و الركن المعنوي للجريمة فلا شأن لها بركن الشرعية، و نتيجة لذلك يمكن القول أن الدفاع المشروع بوصفه سببا من أسباب الإباحة يزيل التكييف غير المشروع للفعل و هو موضوعي يمتد إلى كل من ساهم في الجريمة بينما موانع المسؤولية لا تزيل وصف التجريم و ليس لها من أثر إلا بالنسبة للشخص الذي توافرت فيه و بما أنها لا تنفي الخطورة الإجرامية لدى الفاعل فيجوز تطبيق تدبير أمني إتجاهه على عكس الدفاع المشروع الذي يفيد من تقرر لصالحه بعدم تطبيق أية عقوبة و تدبير أمني عليه)(2).

1- رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 529 و 530.

2- عادل قوره: محاضرات في قانون العقوبات القسم العام، ص72

ثانيا: الدفاع المشروع و حالة الضرورة

لقد اختلاف الفقهاء حول تعريف حالة الضرورة و يمكن القول أن الضرورة هي تلك الحالة التي تحيط فيها بالشخص ظروفا يجد معه نفسه أو غيره مهددا بخطر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى طريقا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة و الغالب أن لا تقوم حالة الضرورة نتيجة عمل إنسان و إنما تكون وليدة قوى الطبيعة. فلم يفرض المشرع الجزائري نصا يعالج حالة الضرورة و عليه انقسم شراح قانون العقوبات الجزائري إلى اتجاهين:

- الإتجاه الأول: يرى أصحابه أن حالة الضرورة هي مانع من موانع المسؤولية و ذلك بالرجوع إلى النص الصريح عليها المادة 48 من ق.ع " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له يدفعها " ، وذلك في باب موانع المسؤولية بالإضافة إلى أن المشرع حصر أسباب الإباحة في المادة 39 من ق.ع و لم يرد ضمن هذه المادة ذكر حالة الضرورة التي تنفي فيها حرية الإختيار لدى الشخص الذي تحيط به ظروف لا قبل له بردها إلى بارتكاب جريمة فمتى انتفت حرية الإختيار لدى الفاعل انهار الركن المعنوي في الجريمة و من تم تمتنع مسؤولية الفاعل.

- الإتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الإتجاه أن حالة الضرورة في التشريع الجزائري من حالات أسباب الإباحة استنادا إلى ورود كلمة الضرورة في المادة 2/29 من ق.ع .

و ينتقد الإتجاه الأول قائلا أنه لا يمكن القول بأن الشخص الذي يرتكب الفعل المجرم لانقاد حياة آخر قد انعدم كلية لديه حرية الإختيار فمرتكب الفعل يتمتع بالقدر اللازم من حرية الإختيار كما أنه في الدفاع المشروع قد يتعرض المدافع لخطر جسيم صادر من المعتدي و لم يقل احد أن ذلك يؤثر في إختيار المدافع و يخرج الدفاع المشروع من حالات الإباحة إلى موانع المسؤولية فالإجماع منعقد على أن الدفاع المشروع حالة من حالات الإباحة و لا يتغير الأمر إذا كان مصدر الخطر ظروف طبيعية[1]

و حسب فهمنا للمادة 48 ق.ع فإن حالة الضرورة في القانون الجزائري مشمولة بنص هذه المادة و من تم فهي من موانع المسؤولية و أساس هذا القول لأن نص المادة 48 وارد في الباب المتعلق بموانع المسؤولية الجزائية كما أن المادة جاءت بالقول " لا عقوبة " يدعم هذا الرأي. و عليه فحالة الضرورة و الدفاع المشروع في الدفاع الجزائري حالتان متميزتان :

1- من حيث مضمون الخطر: فموضوع الخطر في الدفاع المشروع يشمل النفس و المال في حالة الضرورة لا يمكن إلى على النفس فقط.

1- عادل قوره: محاضرات في قانون العقوبات القسم العام، ص72

2- من حيث طبيعة الخطر فالخطر الذي يشترط في الدفاع المشروع لا يتطلب فيه الجسامة بينما في حالة الضرورة يتطلب أن يكون الخطر جسيما.
3- من حيث مصدر الفعل : مصدر الخطر في الدفاع المشروع هو المعتدي بالذات و أن اعتداؤه هو الذي يخول للمعتدى عليه أو الغير من رد الاعتداء بمقدار ما يتطلبه درء الخطر بينما في حالة الضرورة فإن الخطر ينشأ عن قوى طبيعية أو عن فعل لم يجرمه القانون.
4- من حيث المسؤولية: فالدفاع الشرعي تنتفي المسؤولية بشقيها المدني و الجزائي في حين أنه في حالة الضرورة تبقى المسؤولية المدنية قائمة عملا بالمادة 130 من ق.م.

ثالثا: الدفاع المشروع و الإكراه:

الإكراه هو كل فعل يفعله الإنسان بغير فيزيل رضاه أو يفسد اختياره أو تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث تنفي به الرضاء و الإكراه نوعان مادي و معنوي.

الإكراه المادي: يكون بوضع المكره تحت السيطرة المادية للمكره بحيث يفتقر كل حرية أو اختيار ويجعله رهن ما يأمر به من أفعال و مثال ذلك شخص يضغط على أصبح شخص آخر و هو ممسك بزناد بندقية فينطلق عيار ناري فيصيب شخصا آخر.
أما الإكراه المعنوي: فنطاقه التهديد كمن يهدد إنسان بإطلاق النار عليه أن لم يطلق هو النار على شخص ثالث. و لذلك يختلف الإكراه عن الدفاع المشروع في حالات عديدة و يتفق معه في أخرى
ولذلك يختلف الإكراه عن الدفاع المشروع في حالات عديدة و يتفق معه في أخرى:

1- فمن حيث الفعل و مصدر الخطر: ففي الدفاع الشرعي يكون مصدر الخطر دائما هو الشخص المستهدف من أفعال الدفاع بينما في الإكراه يكون مصدر الخطر لشخص آخر لا يكون محلا لارتكاب الجريمة.
2- من حيث حرية الاختيار: الدفاع المشروع قد يكون للشخص حرية الاختيار مثل الالتجاء إلى السلطات العامة إذا كان له فسحة من الزمن أو الهرب إن لم يكن فيه مساس بكرامة الشخص و بالتالي له حرية لاختيار الوسيلة التي يستعملها في غالب الأحيان بينما في حالة الإكراه فإنه لا خيار للشخص المكره سواء إرتكاب الجريمة المطلوبة منه. في حالة من

حيث المسؤولية المدنية الدفاع المشروع تنتفي المسؤوليتان الجنائية و المدنية في حين في الإكراه تبقى المسؤولية المدنية قائمة .

رابعا: عذر الاستفزاز و الدفاع المشروع

يعتبر عذر الاستفزاز من الأعذار المخففة للعقوبة و له خمسة حالات.

1- وقوع ضرب شديد على الأشخاص: ويستفيد من العذر مرتكب جرائم القتل و الضرب و الجرح إذا دفعه إلى ارتكابها اعتداء وقع عليه و لا بد من توفر شروط للأخذ بهذا العذر.

أ- أن يكون الضرب شديد.

ب- أن يكون الاعتداء بالضرب و من تم فالسبب و التهديد و الإهانة لا يصلحون عذرا.

ج- أن يكون الضرب على الأشخاص و من تم فتخريب ملك الغير لا يصلح عذرا .

د- أن يكون القتل أو الضرب من فعل المعتدي عليه نفسه و من تم لا يجوز التذرع بالاستفزاز إذا وقع الضرب على الغير.

2- التلبس بالزنا: يستفيد من العذر مرتكب القتل و الضرب و الجرح الواقع من الزوج على زوجه أو على شريكه لحظة مفاجأته في حالة تلبس.

3- الإخلال بالحياء بالعنف

4- الإخلال بالحياء على قاصر لم يتجاوز 16 سنة و يستفيد من العذر كل من ارتكب الضرب والجرح إذا دفعه إليها مفاجأته ببالغ في حالة تلبس بالإخلال بالحياء على قاصر لم يتجاوز 16 سنة وهنا لا يشترط أن يقع الضرب أو الجرح من المجني عليه نفسه بل يجوز من الغير.

5- التسلق أو تحطيم السوار أو حيطان الأماكن المسكونة أو ملحقاتها أثناء النهار و هنا لابد أن يكون الضرب أو الجرح أو القتل من صاحب المكان على المعتدي و إن يكون الفعل أثناء النهار، أما إذا حدث أثناء الليل يكون مرتكب جرائم القتل و أعمال العنف الأخرى في حالة دفاع شرعي وفقا للمادة 40 من ق.ع[1].

و لهذا نجد أن عذر الاستفزاز الدفاع المشروع يتشابهان في بعض الأمور و يختلفان في أمور أخرى و هذا ما جعل بعض القضاة يخلطون بينهم و خير دليل على ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/03/24 " حيث أنه يتبين جليا من السبب المذكور أن قضاة المجلس لا يميزون بين عذر الاستفزاز المنصوص عليه في المواد من 277 إلى 288 من ق.ع الذي يترتب عليه تخفيض العقوبة فحسب و بين الدفاع المشروع عن النفس المنصوص عليه في المادة 2/39 من ق.ع الذي يعدم قيام الجريمة"[2] أضف على ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/04[3]. "

1- د. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، ص 247 إلى 249

2- ملحق رقم 6

3- ملحق رقم 2

" حيث أن مجلس المدية لم يؤسس قراره على أي تعليل بالإشارة في جملة وحيدة أن المتهم يستفيد من عنصر الاستفزاز من الضحية و أن الجريمة غير قائمة لأن المتهم كان في حالة الدفاع الشرعي عن النفس...

حيث أن مثل هذا التسبيب غير كاف لتبرير القضاء الذي أتى به المجلس خاصة و أنه قام فيه بالخلط بين الاستفزاز و الدفاع الشرعي " .

المبحث الثاني: شروط تطبيق الدفاع المشروع

المطلب الأول: الشروط العامة

نستشفها من نص المادة 2/39 ق ع التي تنص: " لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء "

و نخلص مما تقدم إلى القول بأن الدفاع المشروع ركنان:

1- الاعتداء و خطره

2- رد الاعتداء أو الدفاع

أولا: الشروط المتعلقة بالإعتداء أو بخطر الاعتداء

فالشروط التي يتطلبها القانون إنما يتطلبها في الخطر ذاته الذي يتمثل في الهجوم

<u>1- أن يكون الخطر غير مشروع:</u>

يعتبر الخطر غير مشروع إذا كان يهدد بالاعتداء على حق يحميه القانون الجزائي فمن يهدد شخصا بسلاح في يده بنشي بفعله خطرا يهدد حق المعتدي عليه في الحياة، و هو حق يحميه القانون وهذا الفعل تنتج عنه نتيجة إجرامية و هي جريمة القتل التي يعاقب عليها القانون فإن مجرد حمل السلاح و توجيهه إلى جسم المعتدي عليه أو التهديد به يكفي لإنشاء خطر على حق المعتدي عليه في الحياة و يترتب على اعتبار الصفة غير المشروعة شرطا من شروط الدفاع المشروع نتيجتان:

النتيجة الأولى: لا محل للدفاع المشروع إذا كان الفعل المنشئ للخطر خاضعا لسبب إباحة فالخطر يكون مشروعا في هذه الحالة.

النتيجة الثانية: إن الدفاع المشروع جائز ضد كل خطر غير مشروع حتى و إن كان مصدرا هذا الخطر يستفيد من أسباب امتناع المسؤولية أو عذر قانوني فمن يتعرض لاعتداء صادر من مجنون أو صغير لم يبلغ 13 سنة أو شخص واقع تحت إكراه يجوز الدفاع عن نفسه و كذلك إذا كان المعتدي يستفيد من عذر شرعي، فالزوج الذي يفاجئ زوجته متلبـسة بالـزنا فحاول قتلها في الحال هي و شريكها كان فعله غير مشروع و يعاقب من أجله و يمكن للزوجة و شريكها الاحتجاج بالدفاع إذا قاوما الزوج.

2- إن يكون الخطر حالا:

و هو ما عبرت عنه المادة " الضرورة الحالة" للدفاع المشروع فإذا زال الخطر أو تحقق الاعتداء فلا محل للدفاع و بالتالي يسأل المعتدي عليه جنائيا عن العنف الذي قام به ضد المعتدي بعد وقوع الاعتداء لأن ذلك يعتبر من قليل الإنتقام و كذلك إذا كان الخطر محتملا أو مستقبلا أو كان لدى المعتدي عليه فسحة من الوقت لإبلاغ السلطات العامة والالتجاء إليها فلا مجال للدفاع لأن الخطر ليس حالا[1]. و الاعتداء الحال له صورتين:

1/ الاعتداء الوشيك: يوحي ذلك بأن الاعتداء لم يبدأ بعد و لكن صدرت من المعتدي أفعال تجعل من المنتظر وفقا للسير العادي للأمور أن يبتدئ الاعتداء على الفور و في هذه الحالة لا يلزم المشرع المهدد بالخطر أن ينتظر ابتداء الاعتداء حتى يباح له الدفاع [2].

والمعيار هنا موضوعي قوامه الشخص العادي، ولكنه يطبق بالنظر إلى الظروف الواقعية المحيطة بالشخص المهدد بالخطر، مثال شخص يهدد أخر بالقتل ثم يخرج مسدسا ويبدأ في تعبئته بالطلقات فيجوز للشخص المهدد الدفاع على الرغم من أن الاعتداء لم يبدأ بعد.

2/ الاعتداء الذي لم ينته بعد: يتضح من هذه الصورة أن الاعتداء قد بدأ ولم ينته بعد كحال المعتدي الذي ضرب المجني عليه مرة وتأهب ليوجه إليه ضربات أخرى، ولكن إذا اعتدى شخص على أخر بالضرب ثم فر هاربا فتبعه المجني عليه حتى لحق به وضربه فلا يسعه الاحتجاج بالدفاع المشروع، ولا محل له أيضا إذا فر الجاني هاربا متخليا عن المسروقات، والضابط في هذا هو اتمام الجاني للأفعال التي يريدها وتحقق النتيجة الإجرامية بحيث لا يكون في وسع المعتدي عليه أن يحول دون تحقيقها أو وقف نشاط الجاني سواء بإرادته أو جبرا عنه ولو لم تتحقق النتيجة، فإذا كان الاعتداء قتلا فالاعتداء يعد منتهيا بوفاة المجني عليه، وإذا كانت الجريمة مستمرة فإن الاعتداء لا ينتهي إلا إذا انقضت حالة التتابع أو الاستمرار كالسرقة التي تحدث على دفعات والخطف الذي يستمر...الخ.

1- د. رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، ص 155.
2- د. أحسن بوسقيعة: محاضرات في القانون الجزائي العام.

الخطر الوهمي: لا يلزم أن يكون الخطر حقيقيا دائما بل يكفي لقيام حالة الدفاع المشروع أن يكون خطر الاعتداء، ماثلا في ذهن المدافع بشرط أن يبني[1] الخطر الوهمي على أسباب جدية ومقبولة كأن يشاهد المدافع في حديقة منزله شخصين ليلا فيعتقدا أنهما يحملان سلاحا للاعتداء به في السرقة، فإن المدافع تتوافر لديه إزاء هذه الظروف الأسباب المقبولة والسائغة التي تبيح له استعمال القوة للدفاع عن نفسه وماله. والمعيار هنا شخصي يتوقف على مدى ثقافة وسن المدافع وعرف بيئته الاجتماعية وهو معيار تنظر فيه محكمة الموضوع بحسب ظروف كل دعوى.

فإذا استيقظ إنسان من نومه على حركة قريبة في منزله وكانت لديه أسباب كافية للاعتقاد بأن مصدر هذه الحركة لص تسلل إليه فبادر بضربه بعصا وبعد أن أضاء النور تبين أنه أصاب ضيفا كان قد وصل فجأة ولم يشأ إزعاجه فإن حالة الدفاع الشرعي تنشأ رغم أن أساسها خطر تصوري.

<u>3/ أن يهدد الخطر بجريمة ضد النفس أو المال:</u> وتشمل جرائم النفس: القتل، الضرب، إعطاء مواد ضارة، الخطف، حبس الأشخاص دون حق، هتك العرض والفعل الفاضح، القذف والسب وإفشاء الأسرار، فكل خطر يهدد بارتكاب أحد تلك الجرائم يبيح الدفاع الشرعي ولكن، طبعا بالقدر اللازم والمناسب لدفع الاعتداء.

وتشتمل جرائم الاعتداء على المال: السرقة وابتزاز الأموال والنصب والتعدي على الملكية العقارية والتخريب والإتلاف...الخ*[2].

(فالمشرع الجزائري لم يحصر الدفاع الشرعي في أموال محددة عكس ذلك القانون المصري)*[3].

<u>ثانيا- الشروط المتعلقة برد الاعتداء :</u>

رد الاعتداء لابد أن يكون (أ) ضروريا ولازما (ب) متناسبا وجسامة الاعتداء.

أ- أن يكون فعل الدفاع ضروريا لرد الاعتداء: لابد أن تكون القوة المادية ضرورية لدفع الاعتداء، وبتعبير أخر فإنه يشترط أن لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع الاعتداء إلا استعمال القوة المادية، فإذا كان يكفي بحسب ظروف الحال استعمال وسيلة أخرى غير القوة المادية فلا ينشأ

---

(1) عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية الجنائية في ق.ع. والإجراءات الجنائية ص 760.
*(2) الدكتور عادل قورة: محاضرات في قانون العقوبات.
*(3) الدكتور حسن بوسقيعة: محاضرات في قانون العقوبات.

الدفاع المشروع كما لو أتى شخص إلى دار المجني عليه وأخذ يسأل عن محتويات المنزل الأمر الذي جعله محل شك صاحب المسكن فبادر الأخير مباشرة بضربه بسكين فإنه لا يكون في حالة دفاع شرعي أما إذا كان ممكن تجنب الخطر بوسيلة تنال من كرامة المرء وإنسانيته كالهروب مثلا فإن شرط اللزوم يكون متوافرا إذ لا يتصور أن يفرض القانون على الأفراد تجنب الخطر بوسائل تتنافى والقيم الإنسانية.

ويجب أن لا يكون في الامكان تجنب الخطر إلا بالدفاع وان يكون الدفاع موجها لمصدر الخطر وبالتالي لا يكون هناك مبرر للدفاع المشروع إذا كان بالامكان الالتجاء إلى السلطات العامة.

ب- أن يتناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر: شرط تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر هو الشرط الوحيد الذي جاء بنص المادة 2/39 من ق.ع بقوله: " يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء" والصعوبة التي تثيرها دراسة تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر يتعلق بتحديد معيار هذا التناسب إذ أن تحدديه يحتاج إلى دقة بالغة نظرا لتنوع الاعتبارات، والظروف التي قد تحيط بكل حالة فمثلا قد لا تكون تحت تصرف المعتدي عليه أداة تماثل ما يستعمله المعتدي وقد يتفاوت المعتدي والمعتدي عليه في القوة البدنية تفاوتا كبيرا و قد يسبب الاعتداء فزعا للمعتدي عليه فلا يحسن التصرف ويخطي في تقدير جسامة الفعل الذي يقوم به لدرء الخطر، كما أنه لا يشترط أن يستعمل المعتدي عليه أداة مماثلة لما يستعمله المعتدي إذ أن التفاوت بينهما في القوة البدنية قد يجعل المعتدي عليه في حاجة إلى أداة أكثر خطورة إن كان أضعف منه بدنا، والمعيار في أصله موضوعي قوامه الرجل العادي حسب المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة، ويجب على القاضي أن يضع في الحسبان الظروف التي أحاطت بالمدافع وجعلته يتصرف على هذا النحو كقوة المدافع البدنية ودرجة هدوء أعصابه، سنه وجنسه ومكان الاعتداء والوقت الذي تعرض فيه للخطر.

وتقول محكمة النقض المصرية *[1]:" أنه من المتعين على القاضي مراعاة الظروف التي أحاطت بالمدافع أثناء تعرضه للخطر وسيطرت على تفكيره ووجهت تصرفه ومن تم لك يكن سائغا محاسبته على مقتضى التفكير الهادي المطمئن الذي لا يقوى عليه والخطر يهدده ويجعل تفكيره وتصرفه مضطربين".

- الدفاع عن طريق الوسائل الآلية: في بعض الأحيان يلجأ صاحب الحق إلى وسائل تعمل آليا وتصيب بالأذى من يحاول الاعتداء على حقه مثال ذلك أن يضع فخا في حديقته يطبق على من

---

[1]* الدكتور عادل قورة : مرجع سابق، ص 94.

يدخل فيها أو يضع آلة في بابه تنطلق منها النار على من يحاول اقتحامه ويلحق بذلك الاستعانة بحيوان مدرب على مهاجمة من يقتحمون مسكنه[1] فهل يجوز التمسك بالدفاع المشروع في مثل هذه الحالات؟ هناك رأي يقول بأنه يحق لصاحب الحق المعتدي عليه أن يحتج بالدفاع المشروع، إذا توافرت شروطه ومن أهمها أن لا تعمل الوسائل إلا إذا حل الخطر بالحق وأن يكون الأذى في حدود الدفاع أي متناسبا مع الخطر، فإذا انتفت هذه الشروط قامت المسؤولية الجزائية.

وقال بعض آخر بضرورة وجود لافتة تشير إلى دور الوسيلة في حماية الحق لأعمال قواعد الدفاع المشروع[3].

وهناك اتجاه معارض ويؤسس رأيه على أن الدفاع الذاتي المسبق على الأموال يخل بشرط الحلول في الخطر المبرر لفعل الدفاع فلا يعتبر فعل الدفاع مبررا إذا كان خطر الاعتداء متوقعا كما أضافوا أن هذا النوع من الدفاع يخل بمبدأ المساواة بين المتقاضين أمام العدالة بين القادر على التزود بوسائل الدفاع الذاتي وبين عاجز على توفير تلك الوسائل.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للدفاع المشروع:

جاء نص المادة 40 من ق.ع بحالات خاصة للدفاع المشروع "الحالات الممتازة" فأباح للمدافع القتل والضرب والجرح بدون شرط تناسب فعل الدفاع مع جسامة الاعتداء، وقد وضع المشرع لهذه الحالات الخاصة قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع وهذا ما سنتعرض له:

أولا: إباحة أفعال الدفاع المرتكبة لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه ليلا

تنص المادة 1/40 من ق.ع "يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع المشروع: القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل" وهي حالات أقام المشرع فيها قرينة قانونية لا تقبل العكس على توافر الدفاع وهي الحالات التي أطلق عليها الفقه الفرنسي لحالات الدفاع الشرعي الممتازة" من حيث أن القاضي يتعين عليه أن يقضي بتوافر حالة الدفاع الشرعي إذا توافرت عناصر إحدى تلك الحالات، دون بحث في توافر شروط الدفاع الشرعي بصفة عامة ونلاحظ أن الشرط الذي وضعه المشرع هو أن تكون أثناء الليل.

---

(1) عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية الجنائية مرجع سابق، ص 772.
(3) عدلي خليل، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية، ط 97، ص 25.

ثانيا: إباحة أفعال الدفاع لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة

أو توابعها أثناء الليل:

تحتوي هذه الحالة على عدة شروط لابد من التعرض لها كالتالي:

أ- يشترط لإباحة فعل الدفاع أن يحدث القتل أو الجرح أو الضرب أثناء التسلق أو الكسر:

والكسر هنا يشير إلى استخدام القوة أو الشروع في لذلك سواء بالكسر أو إتلافه بآية طريقة أخرى بحيث يسمح بعد ذلك للشخص بالدخول كما يلحق بذلك الثقوب التي تقام في الجدران والمفاتيح المقلدة أو أدوات خاصة المواد 356 ، 357 من ق.ع.

ب- دخول منزل مسكون أو أحد ملحقاته:

لا يشترط في المنزل أن يكون بناءا بل يصح أن يكون مسكن من الخشب أو الخيام كما يصح أن يكون ثابتا أو متنقلا ما دام أنه مسكون بالفعل ويقيم فيه شخص أو أكثر لهم مظهر الإقامة كما جرى عليه عرف الناس وذلك كما نصت عليه المادة 355 من ق.ع"يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معد للسكن وان لم يكن مسكونا وقتذاك.....".
ويشترط أن يكون المنزل مسكونا فعلا لا معدا للسكن لم يسكنه احد إذ لا يكون هناك محلا للاعتقاد بأن الداخل يريد شرا خطيرا ولكن القانون لا يتطلب وجود سكانه فيه وقت دخول المعتدى فقد يقع الاعتداء حين يغادره السكان مؤقتا وحينئذ يصدر فعل الدفاع من غيرهم كأحد الجيران.
أما ملحقات المنزل فهي أماكن ليست مسكونة أو معدة للسكن ولكنها متصلة به وتابعة له حسب المادة 355 من ق.ع:" ...... لا حواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي"
و الحكمة من ذلك هو أن حرمة المنزل تمتد إلى ملحقاته كالقراج وغرف غسيل الملابس وأماكن حفظ الحيوانات أو الطيور....

ج- يشترط للدفاع المشروع أن يحدث ليلا

ويقصد بالليل الفترة مابين غروب الشمس وشروقها ولأن فترة الليل معروفة للراحة والسكينة ولذلك فالدخول إلى مسكن أثناء الليل يحمل بذاته قرينة الإجرام.

د- جهل حائز المنزل الغرض من الدخول:

هذا الشرط غير منصوص عليه ولكنه مرتبط بالعلة التي تقوم عليها إباحة القتل في هذه الحالة وهي الخطر غير المتوقع، لابد أن يتوافر حسن نية الحائز بجهله غرض المعتدي من الدخول.

<u>ثالـثا: إباحة الدفاع ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة:</u>

تنص المادة 2/40 من ق.ع " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع: الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".
لا بد أن يكون الخطر يهدد بالاعتداء على النفس أو نفس الغير وأن يقع التهديد من أشخاص يرتكبون جرائم السرقات والنهب بالقوة وسواء كان التهديد نهارا أو ليلا.

والحكمة من هذه الحالة هي مقاومة عصابات قطاع الطرق وإباحة مقاومة أعمالهم بالقوة سواء بالقتل أو الجرح أو الضرب، أو غير ذلك دون النظر لتوافر التناسب بين الاعتداء والدفاع، ونجد أن الهدف من وضع هذا النص يرجع إلى سنة 1799 في أعقاب الثورة الفرنسية حيث انتشرت كل أعمال العنف وأخذه المشرع الجزائري لتأمين سلامة الأفراد في الطرق ولردع أعمال السطو المصحوب بالقوة.

الفصل الثالث: إثبات الدفاع المشروع والآثار المرتبة عليه.

إن مسألة الإثبات في الميدان الجنائي تطرح عدة مشاكل وخاصة ما يتعلق بالدفوع، فالقضاء الذي يتصدى للمسألة مستلهما أحكامه تارة من قاعدة البراءة الأصلية وتارة أخرى من القاعدة المدنية من يدعي بالشيء فعليه إثباته وهذا يؤدي إلى إلقاء عبء والإثبات على المتهم والذي عادة لا يمكنه ذلك، ولذلك سوف نتناول بهذا الخصوص هذا الطلب موقف القانون والفقه و القضاء.

المبحث الأول: إثبات الدفاع.

المطلب الأول: موقف القانون

التشريع الجزائري لم ينص لا صراحة ولا ضمنا على من يتحمل عبء الإثبات لا في الدفوع بصفة عامة ولا في الدفاع الشرعي بصفة خاصة .

إن كانت هناك بعض المواد في قانون الإجراءات الجزائية التي تحدد من يتحمل عبء الإثبات ونذكر من هذه المواد المادة 582من ق.ا.ج والمتعلقة بالشيء المقضي به في الخارج والتي تحمل المتهم عبء إثبات أنه حكم عليه نهائيا في الخارج، وإن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها، وجاءت المادة 589من ق.ا.ج بنفس الحكم.

وأمام هذا السكوت الذي جاء به المشرع يبقى المجال مفتوحا أمام الفقه والقضاء.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء.

أولا: موقف الفقـه

لقد انقسم الفقه في مسألة إثبات الدفاع إلى ثلاثة أراء :

1 - الرأي القائل بقاعدة البراءة الأصلية:

ينادي أصحاب هذا الرأي بتطبيق " قاعدة البراءة الأصلية " وبالتالي على النيابة في الدعوى العمومية أن تثبت جميع عناصر الجريمة، وعدم قيام عناصر الدفاع المشروع بإثبات عدم توافر أركانه وشروطه، لأن القول بأن التهمة ثابتة في حق المتهم لم يبق أمام المتهم إلا إثارة الدفع المتعلق

بالدفاع المشروع والتمسك به ويبقى على المحكمة التأكد من ثبوته أو عدم ثبوته، ويرى أصحاب هذا الرأي بان للقاضي الجزائي دور إجابي في البحث عن الحقيقة سواء أدى ذلك إلى البراءة أو الإدانة.

2- الرأي القائل بالقاعدة المدنية:

تنص المادة 323 مدني" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"وهذا يعني أن النيابة تثبت الاتهام تجاه المتهم وعلى هذا الأخير أن يثبت براءته أي أن يدفع بسبب من أسباب الإباحة وهو الدفاع المشروع، وهناك يتحول دور المتهم من مدعي عليه إلى مدعي بالدفع، ويرى أصحاب هذا الرأي إلى أن كل من يسعى إلى الاستفادة بعذر أو بسبب من الأسباب الإباحة أن يقيم الدليل على ذلك.

3- الرأي التو فيقي:

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا بد من الجمع بين القاعدتين أي قاعدة البراءة الأصلية والقاعدة المدنية (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه) فالمبدأ الأول يخص عبء الإثبات الجنائي فلابد أن تضم إليه القاعدة المدنية من أجل إشراك المتهم في عملية إظهار الحقيقة وعدم سلوكه سلوكا سلبيا لأن له مصلحة أن يقيم الدليل على براءته أي وجود سبب من أسباب الإباحة.

وبالإضافة إلى هاتين القاعدتين هناك قواعد أخرى لا تقل أهمية مثل حق الدفاع وضرورة إظهار الحقيقة وحماية الفرد ومصالح المجتمع، وكذلك على كل الأشخاص الذين يتدخلون في إظهار في إطار الدعوى العمومية يتحملون واجب التعاون في ميدان جمع الأدلة ولذلك فعبء الإثبات يهم جهة الاتهام والقاضي والأطراف.

ثانـيا: موقف القضاء.

لقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن الإثبات يختلف بين المادتين 39و40 من ق.ع وذلك كتالي:

1- الإثبات طبقا للمادة 2/93 من ق.ع :

لقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن إثبات الأفعال المبررة يقع على عائق المتهم فمن يحتج بالدفاع المشروع عليه أن يثبت ذلك أمام سلطات التحقيق بتوافر شروط الدفاع المشروع في الأفعال المنسوبة إليه. وإذا لم تقتنع سلطات التحقيق وأقامت الدعوى العمومية ضده فعليه أن يقنع الجهة القضائية التي تنظر الدعوى بتوافر هذه الشروط، فعليه أن يثبت أن فعله كان لدرء خطر حال

غير مشروع وإنه كان ضروريا لازما للدفاع وإنه كان متناسبا مع الاعتداء فإذا استطاع إقناع هذه الجهة القضائية بتوافر الشروط قضت ببراءته وإذا لم تقتنع كان العكس أي إدانته.

2-الإثبات في المادة 40 من ق.ع:

إن تفسير المحكمة العليا هذه المادة قد أقر قرينة الدفاع المشروع ويترتب على ذلك إعفاء المتهم من إثبات شروط الدفاع المشروع وإنما عليه أن يثبت أحد الحالات الواردة في المادة المذكورة أعلاه، وإذا لم يستجيب القاضي لهذا الدفع بالرفض أو القبول يكون حكمه منشوبا بالقصور ومنتهكا لحقوق الدفاع*[1].

---

[1] * الدكتور رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 544، 545.

المبحث الثاني: أثار الدفاع المشروع وفعالية المحكمة فيه.

لا يجوز الدفاع المشرعي لمقاومة الدفاع الشرعي، فإذا فاجأت لصا في منزلك ليلا واستعملت معه العنف اللازم للقبض عليه فرد على العنف بمثله، فأنت في حالة دفاع شرعي لدفع جريمته، أما هو فليس في حالة دفاع شرعي بالنسبة لأي عدوان قد يقع منه للإفلات من قبضة يدك، بينما إذا حدث تجاوز لحق الدفاع الشرعي من المدافع فان المعتدي الأول يصبح في حالة دفاع شرعي من جديد بالقدر الذي يمثل هذا التجاوز والى المدى اللازم لدفعه.

المطلب الأول: آثار فعل الدفاع عند عدم تجاوز أو أثناء تجاوز حق الدفاع

أولا: إباحة الفعل عند عدم تجاوز حدود الدفاع.

طبقا للمادتين 2/39 من ق.ع و 128 مدني، فان حق الدفاع المشروع إذا نشأ ولم يحدث تجاوز في استعمال القوة المادية لدفع الاعتداء كان فعل الدفاع مباحا لأنه جاء مطابقا لحق مقرر بمقتضى القانون وسلوكا مشروعا.

1-الآثار الجنائية للدفاع المشروع:

تنص المادة 2/39 من ق.ع " لا جريمة....إذا كان الفعل دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوكا للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

نجد أن هذا النص قد أباح فعل الدفاع وأزال عنه الصفة الإجرامية، والحكم الذي يصدر في هذه الحالة يجب أن يكون ناطقا ببراءة المدافع وليس بإعفائه من العقاب، لأن الحكم لما يقضى بإعفاء المتهم من العقوبة يكون قد اعتقد خطأ بأن الواقعة تشكل جريمة وهذا ما يتنافى مع أسباب الإباحة التي تمحو كلية الجريمة، كما يستفيد من الإباحة كل من ساهم في هذا الفعل استنادا إلى إباحة القانون للدفاع عن الغير.

وهناك رأي يرى بأن الدفاع المشروع يحدث أثره وتنتفي مسؤولية المدافع طالما كان العمل في حدود حق الدفاع حتى ولو أصاب غير المعتدي سواء كان ذلك لغلط في الشخص أو خطأ في إصابة الهدف، ولكن هذا محل نظر لأن الدفاع يكون ضد المعتدي، أما إذا كان المدافع قد اعتدى بسلوكه على مصلحة أخرى سواء لغلط في الشخص أو الخطأ في توجيه الفعل فليس هناك مبرر قانوني لإباحة هذا الفعل.

وفي الحالة الأولى لو أن المعتدي عليه أطلق النار على شخص ظن أنه المعتدي أو أطلق النار على المعتدي ولكنه لعدم إحكام التصويب يصيب شخصا آخر تصادف مروره فالحكم في الحالتين واحد وهو إباحة الفعل طالما لم يصدر عن المعتدي عليه خطأ غير عمدي فإذا ثبت أن المعتدي عليه بذل كل العناية اللازمة لإصابة المعتدي وحده ولكن أصاب الغير لأسباب خارجة عن إرادته فالفعل مباح، أما إذا اثبت صدور خطأ غير عمدي فالمعتدي عليه مسؤول عن جريمة غير عمدية.

أما الحالة الثانية والتي يصيب فيها المدافع حق الغير من أجل درء الخطر، مثل أن يتلف المعتدي عليه شجرة مملوكة للغير ليحصل منها على عصا يستعملها في الدفاع وهنا المدافع مسؤول أمام الغير الذي لا شأن له بالخطر ولكن يستطيع أن يدفع بحالة الضرورة.

2- الآثار المدنية للدفاع المشروع:

تنص المادة 128 من ق.م. "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو عن ماله كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

يتضح من خلال النص أن إباحة الفعل تقتضي انتفاء المسؤولية المدنية بالتعويض وهذا ما سبقت الإشارة إليه إذا كان استعمال الحق دون خطأ منه ولا يوجد تجاوز لحدوده لا تجوز مسألته.

ثانيـا : تجاوز حدود حق الدفاع المشروع:

لقد ترك المشرع الجزائري تقدير الجريمة التجاوزية للقضاء بأركانها حسب الظروف التي توافرت في الفعل وهذا أخذا عن المشرع الفرنسي.

والتجاوز لا يتوافر إلا بتعدي المدافع القدر اللازم والضروري من القوة لوقف الاعتداء.

ولقد اجتمع الفقه على وجوب تحديد القوة المستعملة في الدفاع لتحديد الحد الفاصل بين الدفاع المشروع والتجاوز غير المشروع وذلك اعتمادا على الموازنة بين الأضرار والوسائل المستعملة.

1- الموازنة بين الأضرار والوسائل المستعملة:

أ- الموازنة بين الأضرار

إن التجاوز يتحقق كلما كان هناك تفاوت بين الضرر الذي أنزله المدافع بالمعتدي وذلك الضرر الذي ألحقه المعتدي، فمن المتعين على المدافع إلا يحدث ضررا بالمعتدي بتجاوزيه الضرر الذي ألحقه المعتدي به وإلا انقلب هو كذلك معتديا.

ب- الموازنة بين الوسائل المستعملة:

لابد أن تكون هناك موازنة بين وسيلتي الاعتداء والدفاع فيتحقق التجاوز حتى كانت الوسيلة المستعملة في الدفاع غير متناسبة مع طبيعة وجسامة الوسيلة التي اتخذها المعتدي في اعتدائه. أي هناك زيادة عن الحد الضروري الذي استلزمه القانون لدفع التعدي.

2- معايير التجاوز:

هناك معيارين الأول يعتد بشخص المدافع وظروفه والثاني يعتد بتصرف الشخص العادي الذي يتعرض لنفس الاعتداء وفي نفس الظروف التي أحاطت بشخص المجني عليه عند وقوع الاعتداء عليه.

أ- المعيار الشخصي:

يرى أصحاب هذا المعيار أن تقدير جسامة الاعتداء وخطورته يكون على أساس شخصي أي حالة المدافع نفسه وظروفه وما توقعه في لحظة الدفاع.

ب- المعيار الموضوعي:

أصحاب هذا المعيار يقدرون كم القوة اللازمة لرد الاعتداء وما إذا كان الدفاع متناسبا مع الخطر أو متجاوزا لحدود الحق على أساس تصرف الشخص المعتاد متوسط الذكاء والفطنة في مثل ظروف الواقعة*[1].

3- حكم التجاوز:

هناك عدة حالات لابد من التعرض لها حتى تتضح الصورة أمام القارئ.

الحالة الأولى: إن المعتدي عليه قد يكون اعتقاد منه أن كل ما أتاه من أفعال وما ألحقه من ضرر بالمعتدي هو السبيل الوحيد لدرء خطره وإن القانون يخول له ذلك ما دام في حالة دفاع شرعي في حين يثبت للقاضي أن أفعال المدافع كانت متجاوزة للقدر اللازم لدرء الخطر في حين كان يمكنه تحقيق ذلك باستعمال وسيلة غير التي استعملها في الدفاع كالصياح والتهديد...الخ بدلا من إصابته بأضرار كان يمكن تفاديها، وإن ما أثاره من أفعال لم يكن لازما لرد الخطر الذي يهدده وإن القانون يحرم عليه تلك الوسيلة التي استعملها أثناء دفاعه بغير حسن النية وأن تجاوزه لحدود التناسب بين خطر الاعتداء وأفعال الدفاع كان نتيجة ما أصابه من اضطراب وهذه الحالة أخضعت إلى الأعذار الواردة في المواد 277، 278، 283 من ق.ع.

فالمادة 278 من ق.ع. تضع شرطا وهو "إذا حدث ذلك أثناء النهار" وهذا يعني أنه إذا حدث أثناء الليل فنطبق أحكام المادة 40/1 من ق.ع.

الحالة الثانية: إذا تجاوز المدافع الحدود اللازمة لرد الاعتداء بسبب خطأ منه أما في تقدير جسامة الخطر أو الوسيلة التي يستعملها وما قد يلحقه بالمعتدي من أضرار وبما أن الخطأ موجود فإن مسؤوليته غير عمدية ويتحمل عقوبة أفعاله.

الحالة الثالثة: هنا نقصد المدافع تجاوز حدود الدفاع الشرعي ويتعمد المبالغة في الدفاع وهنا يكون قد ارتكب جريمة عمدية لأن فعله أقرب إلى الانتقام منه إلى رد الخطر المدق به.

---

[1]* خلود سامي آل معجون: مرجع سابق، ص 283.

المطلب الثاني: سلطة محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا

إن الاعتداد بالظروف العامة المحيطة بأفعال الدفاع كالاستفزاز الموجه من المجني عليه ومن جهة أخرى الاعتداد بالظروف الشخصية للمدافع لحظة ممارسة السلوك الدفاعي كحداثة سنه وبنية جسده...الخ[1].

أولا : سلطة محكمة الموضوع في تطبيق أحكام الدفاع المشروع:

إن تمسك المتهم بحالة الدفاع المشروع يفرض على محكمة الموضوع الرد على الدفع المقدم لها وهذا يمكن استخلاصه من نص المادة 330 من ق.إ.ج. :تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك" فالمادة تفرض على المحكمة الرد على جميع الدفوع و إلا كان حكمها معيبا ومعرض للنقض، ومما يؤيد ذلك القرار الإصدار عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/7/14 "حيث أن الدفاع الشرعي مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع غير أنه يتعين عليهم في حالة إثارته الرد عليه بقبوله أو رفضه"[2].

وللمتهم أن يتمسك بالدفاع المشروع أثناء التحقيق الابتدائي أو أمام محكمة الموضع لأنه من الدفوع التي تتطلب تحقيقا وتدخلا في تصوير الواقعة وتقدير الأدلة ولا يقبل أمام المحكمة العليا إذا لم يكن سبق وأن أدعي به أمام محكمة الموضوع.

ولدفع به أمام قاضي التحقيق يجعل هذا الأخير يبحث فيه وإذا ثبت له توفر شروطه القانونية أصدر أمرا مسببا بأن لا وجه للمتابعة طبقا لأحكام المادة 163 من ق.إ.ج.

أما إذا كان اقتناع قاضي التحقيق يقضي باستبعاد قيام هذه الحالة أصدر أمرا يخالف دفع المتهم ويبقى لهذا الأخير حق استئنافه أمام غرفة الاتهام. أما إذا أثير أمام محكمة الموضوع كان عليها أن تتعرض له إما بالقبول أو الرفض وما يترتب على ذلك من نتائج.

وإغفال الرد على الدفع المقدم للقضاة يعيب الحكم بما يستوجب نقضه ومناط العيب هو القصور في التسبيب وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/5/29 " متى كان من المقرر قانونا أن القرار لم يتصد للدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس لا بالرفض ولا بالقبول يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومنتهكا حقوق الدفاع ولما كان الثابت أن المتهم الطاعن تمسك بحالة الدفاع الشرعي عن لنفس أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى وكذلك أمام قضاة المجلس القضائي

---

[1] الدكتور محمد نعيم فرحات: النظرية العامة، العذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دار النهضة العربية " 1981، ص 612.
[2] ملحق رقم 7.

غير أنهم لم يستجيبوا لدفعه لا برفضه ولا بقبوله وقضوا عليه بالإدانة دون تصديهم لوسائل دفاعه المثارة أمامهم، فإنهم لإغفالهم هذا انتهكوا حق الدفاع وحسن سير العدالة"[1]

إن الرد من قبل القضاة على الدفع بالدفاع المشروع مسألة موضوعية يتعين على القضاة الرد عليه بالقبول أو الرفض.

يكون الإشكال أكبر بخصوص إثارة الدفاع المشروع أمام محكمة الجنايات التي لا تسبب أحكامها بل يحل محل التسبب الأسئلة والأجوبة التي تطرح في ورقة الأسئلة.

فهل يتطلب الأمر طرح سؤال خاص بالدفاع المشروع؟

يرى جانب من الفقه أن طرح سؤال خاص بالدفاع المشروع لا لزوم له لأن الإجابة بالإيجاب على السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة يدل على عدم توافر الدفاع المشروع لدى المتهم.

وهذا ما استقر عليه قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر يوم 1981/4/24 " من المستقر قضاء أن طرح سؤال خاص بحالة الدفاع الشرعي غير لزومي لأنه مندرج حتما في مفهوم السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة وإن الإجابة عليه بالإيجاب تدل ضمنا على مسؤولية المتهم الجنائية وعدم توافر الفعل المبرر لديه"[2].

ويؤيد ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1981/02/24 "...حيث أنه من المستقر قضاء أن طرح سؤال خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن السؤال المتعلق بالإدانة يشتمل ضمنا على هذا الفعل المبرر"[3].

ويؤيد هذا الطرح القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 78/7/4 "وفضلا عن ذلك أن الإكراه كغيره من أسباب عدم المسؤولية الجزائية لا يجب أن يكون محل سؤال مستقل بل أنه مندرج حتما في السؤال الرئيسي الخاص بالإدانة..."[4] .

إلا أن المادة 305 من ق.إ.ج تنص على أن كل عذر وقع التمسك به يكون محل سؤال مستقل ومميز، لذلك يجب على رئيس محكمة الجنايات أن يضع سؤالا خاصا حول كل عذر قانوني وقع التمسك به أثناء الجلسة و إلا كان الحكم باطلا وتعين نقضه.

وهناك قرار آخر يتعلق بعذر الاستفزاز الاستفزاز إنه في حالة إثارته من الدفاع لابد من طرح سؤال خاص به وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 88/12/6.

---

[1] المجلة القضائية: العدد 4، سنة 89، ص 335.
[2] جيلالي بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، ط1، 2002، ص 221.
[3] ملحق رقم 5.
[4] ملحق رقم 3.

" حيث أنه حتى كان كذلك وكانت المحكمة لم ترد عن طلب الدفاع ولم يطرح السؤال الخاص بعذر الاستفزاز الذي تمسك به تكون قد خالفت القانون وتعين نقض حكمها " [1].

وتعليقا على ذلك فإنه حماية للمتهم من خطأ محكمة الجنايات التجاوز عن حق المتهم في الدفاع عن نفسه لا تكون إلا بممارسة حقه في وضع سؤال إضافي يشتمل على بيان أنه كان في حالة دفاع مشروع بقصد دفع الاعتداء المحدق بنفسه أو بماله، وذلك أن وضع سؤال خاص بالدفاع المشروع والإجابة عنه بالإيجاب لا يتناقض مع السؤال الرئيسي الذي يكون الجواب عنه بالإيجاب باعتبار أن السؤال الرئيسي يتعلق بالعناصر المادية للفعل الجرمي وأن السؤال المتعلق بإثبات حالة الدفاع المشروع يشكل وصفا يتصل بهذا الفعل ولا يشكل أي عنصر من عناصره وإذا كان الفعل المنسوب إلى المتهم تنطبق عليه حالة من الحالات المنصوص عليها في المادتين 2/39 و40 من ق.ع فإنه يكون في حالة دفاع شرعي ومن حقه أن يطرح سؤال بهذا الشأن من قبل المحكمة وأن تجيب عليه إذا كانت إجابة السؤال الرئيسي "نعم" أما إذا كانت إجابة السؤال الرئيسي بـ (لا) فإن طرح سؤال عن الدفاع المشروع يكون بدون جدوى.

فالدفاع الشرعي ليس صفة يلحق الفعل وإنما هو سبب لإباحة الفعل ولذلك لابد أن يتضمنها السؤال الرئيسي.

هل يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفاع الشرعي مع إنكار المتهم للجريمة ؟

أستقر القضاء المصري منذ سنة 1942 على أنه لا يلزم مطلقا أن يكون المتهم معترفا بالتهمة بل ينبغي على المحكمة التعرض لبحث هذه الحالة رغم إنكار المتهم لها وإصراره على ذلك ومن هذا القضاء مثلا[2].

" إذا تبين للمحكمة من ظروف الدعوى والأدلة القائمة فيها أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي فإنه يكون عليها أن تعامله على هذا الأساس. ولو كان هو أو المدافع عنه قد رأي أن مصلحته في الدفاع تتحقق بالإنكار لارتكاب الواقعة بتاتا، أما القول بأن المتهم لا يجوز أن يعد في حالة من حالات الدفاع الشرعي إلا إذا كان معترفا بالفعل الذي وقع منه فمحله عند مطالبة المتهم المحكمة: بأن تتحدث صراحة في حكمها عن حالة الدفاع الشرعي فإن هذه المطالبة لا تقبل منه إلا إذا كان هو قد تمسك أمامها في حالة دفاعه بأنه حين أرتكب الفعل المسند إليه إنما كان يستعمل حقه في الدفاع الشرعي ولكن ما دامت المحكمة هي التي استظهرت من تحقيقها حالة الدفاع الشرعي واقتنعت

---

[1] ملحق رقم 4.

[2] رؤوف عبيد: مرجع سابق.

بوجودها فلا يمكن أن يحول دون معاملتهم للمتهم على مقتضى ما رأى أي حائل من عدم اعتراف المتهم، وعدم تمسك الدفاع عنه بقيام تلك الحالة".

إذا كانت أدلة الإدانة كما ذكرتها المحكمة في حكمها تفيد أن المتهم لم يوقع فعل الضرب على المجني عليه إلا بعد أن بدأه هذا بالضرب فإن عدم تحدث المحكمة ولو من تلقاء نفسها عن حالة الدفاع الشرعي التي ترسخ لها واقعة الدعوى بما يثبتها أو ينفيها، يكون قصورا مبطلا للحكم ولا يغني عن ذلك قولها بأنه لا محل لهذا البحث لأن المتهم ينكر التهمة وأن هذه الحالة منتفية لأن المتهم أصيب في شجار زج بنفسه فيه ذلك أن المحكمة وهي مطلوب منها أن تفصل في دعوى جنائية لا يمكن في القانون أن تكون مقيدة بمسلك المتهم في دفاعه واعترافه بالتهمة أو إنكاره آياها لأن الشجار ليس من شأنه في ذاته أن يجعل كل من اشتركوا فيه مستوجبين للعقاب بلا قيد ولا شرط، إذ ليس من شك في أن الشجار يبدأ باعتداء يخول المعتدي عليه حق الدفاع الشرعي حتى اعتقد أن المعتدي سوف لا يكف عن التمادي في الاعتداء، متى التزم هو في دفاعه الحدود المرسومة قانونا".

ولم نحصل على أي رأي للمحكمة العليا في المسألة عندنا ولكن بالرجوع إلى المادة 1/212 من ق.إ.ج ".....وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص" من هذه المادة نجد أن المبدأ الأساسي في التشريع الجزائري هو حرية القاضي في تكوين قناعته من أي دليل كان فإذا تبين من الأدلة المطروحة وظروف الواقعة أن المتهم على افتراض اقترافه للفعل كان في حالة دفاع شرعي، فلا نجبر القاضي أن يكون اقتناعه عن طريق اعتراف المتهم دون غيره من الأدلة، ولذلك يمكن القول أن المنحنى الذي سلكه القضاء المصري صالح لأن يطبق في الجزائر لأن توافر الدفع الشرعي أو عدم توافره رهن بما تكشف عنه وقائع الدعوى وأدلتها المختلفة وللدفاع أن يسلك طريق الاعتراف أو الإنكار لأنه لا يجوز أن نقيد الاستفادة من إباحة القانون بالاعتراف أو النكران، أضف إلى ذلك أن القاضي مطلوب منه أن يطبق على الواقعة وصفها القانوني الصحيح الذي اقتنع به دون غيره.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا

الخطأ في تكييف الدفاع المشروع مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا ولذلك فإن اغفال الرد على الدفع بتوافر حالة الدفاع المشروع أو الرد عليه بأسباب غير كافية وغير سائغة يعد قصورا في تسبب الحكم أما الرد عليه بأسباب غير صحيحة في القانون الموضوعي يعد خطأ في

تأويل أو تطبيق القانون وتملك المحكمة العليا مراقبته وإصلاحه كما لو أخطأت محكمة الموضوع في تفهم ماهية ركن أو أكثر من الأركان التي يتطلبها الدفاع المشروع أو عذر تجاوز حدوده أو في تطبيق ذلك على واقعة الدعوى فالحكم الذي ينفي ما دفع به المتهم من أنه كان في حالة دفاع مشروع بمقولة أنه كان في مقدوره أن يهرب وهذا يكون مؤسسا على الخطأ في تطبيق القانون وتعينا نقضه وكذا الحكم إذا رد على تمسك به المتهم من قيام حالة الدفاع المشروع بأنه لم يثبت على أية صورة قيام اعتداء يبرر إطلاق النار على المجني عليه.

أو على غيره اعتداءا من شأنه أحداث القتل هذا الحكم يكون أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه وذلك لأن القانون لا يشترط لقيام حالة الدفاع المشروع أن يكون قد حصل بالفعل اعتداء على النفس أو المال بل يكفي أن يكون قد صدر من الجني عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع المشروع.

وإذا نفت المحكمة[1] حالة الدفاع المشروع فلا يجوز لها أن تبحث في أمر تجاوز حدود حق الدفاع بنية سليمة، إذ أن التجاوز لا يكون له وجود إلا حيث تكون حالي الدفاع الشرعي ذاتها موجودة أما أو أسلمت المحكمة بتوافر حالة الدفاع الشرعي فيكون عليها أن تبحث في تناسب فعل الدفاع مع فعل الاعتداء لتقدير ما إذا كانت القوة التي استعملت لدفع المعتدي زادت على الحد الضروري أم لم تزد عليه، وفي نطاق ذلك تباشر المحكمة العليا رقابة الإشراف على تطبيق القانون.

---

[1] عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 800.